

VU Research Portal

De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband

Akkermans, A.J.

published in

Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
2001

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (2001). De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband. *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 4, 93-100.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband

Prof. mr. A.J. Akkermans

Sinds enige tijd is in literatuur en rechtspraak veel te doen over de zogenaamde 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband. Volgens recente rechtspraak van de Hoge Raad komt aan deze regel een algemene betekenis toe, maar in de praktijk bestaat grote onzekerheid over de precieze inhoud en reikwijdte ervan. Deze omkeringsregel was het onderwerp van de rede die ik op 5 oktober jl. uitsprak bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De uitgewerkte schriftelijke versie van deze oratie zal begin 2002 verschijnen.¹ De redactie van het TVP verzocht mij om vooruitlopend daarop de tekst te publiceren zoals ik die daadwerkelijk heb uitgesproken, aan welk verzoek ik gaarne voldoe.²

Mijnheer de Rector Magnificus, Dames en Heren,

Inleiding

Het onderwerp van de juridische causaliteit wordt van oudsher beschouwd als een van de meest duistere uithoeken van het aansprakelijkheidsrecht. 'Wie zich erin verdiept, dreigt al gauw alle grond onder zich te verliezen', zo waarschuwde bijvoorbeeld Schut.³ In andere rechtstelsels is het al niet beter. Zo schreef de Amerikaanse geleerde William Prosser over het causaliteitsvraagstuk: 'The present state of the law is still one of troubled waters, in which any one may fish.'⁴ Toch is het in Nederland, sinds de acceptatie van de leer van de toerekening naar redelijkheid, rond dit gevreesde leerstuk lange tijd relatief rustig geweest. Sinds enige tijd is die rust echter grondig verstoord door een nieuwe lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Die betreft niet de maatstaf voor de toerekening, maar de verdeling van de bewijslast met betrekking tot het causaal verband. Een kwestie van formeel recht dus, maar formeel en materieel recht vloeien hier in vergaande mate ineen.

Op grond van de hoofdregel van bewijslastverdeling van artikel 177 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is het in beginsel de benadeelde die het causaal verband moet bewijzen tussen een wanprestatie of onrechtmatige daad en de door hem gestelde schade. Het artikel noemt de mogelijkheid van een bijzondere regel waaruit iets anders kan voortvloeien. Dat kan ook een in de rechtspraak ontwikkelde ongeschreven rechtsregel zijn. Wat inmiddels de 'omkeringsregel' wordt genoemd, is zo'n bijzondere bewijsregel, die oorspronkelijk is ontwikkeld in de rechtspraak van de Hoge Raad over verkeers- en arbeidsongevallen, en lange tijd beperkt bleef tot de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Maar in het zogenaamde Dicky Trading II-arrest uit 1996⁵ is deze regel doorgetrokken naar het gehele aansprakelijkheidsrecht. Althans, achteraf kan worden geconstateerd dat dat toen is gebeurd, want lang is hoogst twijfelachtig gebleven of aan dit arrest wel een algemene betekenis toekwam.

Het ging in dat arrest om de fout van een notaris, die de naar Canada emigrerende boer Franken ten onrechte niet waarschuwde voor de risico's van de verkoop van zijn boerderij aan een buitenlandse rechtspersoon, genaamd Dicky Trading. Later bleek een groot bedrag inderdaad niet op Dicky Trading verhaalbaar. De notaris verweerde zich door gemotiveerd te stellen dat Franken de transactie ook zou hebben doorgezet als hij hem wél zou hebben gewaarschuwd. Geen causaal verband tussen fout en schade dus, aldus de notaris. Het hof hield de notaris toch aansprakelijk, en mocht dat doen, aldus de Hoge Raad, op grond van de volgende overweging:

'Indien, door een als een onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging, een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen, en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen die gedraging, en de aldus ontstane schade, in beginsel gegeven, en is het aan degene, die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om te stellen en te bewijzen, dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.'

Een omkering van de bewijslast dus, op grond van een formule waarvan wij vanmiddag de precieze betekenis zullen proberen te doorgronden.

Over de inhoud en de reikwijdte van deze 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule is van meet af aan aanzienlijke onzekerheid ontstaan. Het grootste probleem is dat een wanprestatie of onrechtmatige daad bijna *altijd* wel een risico op schade in het leven roept. Wat de onrechtmatige daad betreft, is het juist dit

1. A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband (oratie VU 2001), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002.
2. Ik wijs echter op de beperkingen van deze tekst. Het gaat hier over een niet eenvoudig af te bakenen onderwerp. De nog te publiceren uitwerking van deze rede is nogal omvangrijk geworden. In de rede zelf kon ik feitelijk niet veel meer doen dan het presenteren van mijn voornaamste conclusies. Veel van de inhoudelijke argumentatie ontbreekt, veel nuanceringen zijn weggevalen. Verschillende (deel)onderwerpen komen in het geheel niet aan bod (zoals bijv. de toepassing van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule bij het toerekeningsverband – waarbij het om heel iets anders gaat, kort gezegd omdat er niets wordt 'omgekeerd').
3. G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad, Studiepockets privaatrecht nr. 21, vijfde druk, 1997, p. 71.
4. Ik ontleen het citaat aan J. van Schellen, Juridische causaliteit (diss.), 1972, p. XXIV. Het citaat stamt uit een oude druk (1964) van het bekende handboek 'Prosser and Keeton on Torts'. In de nieuwste druk, W. Page Keeton (general editor), Prosser and Keeton on the Law of Torts, fifth edition, 1984, komt het niet meer voor, maar is het vervangen door een opmerking van vergelijkbare strekking (zie p. 263).
5. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK.

risico dat een gedraging onzorgvuldig doet zijn. Men kan de regel dus zo lezen dat hij bijna steeds toepasselijk zal zijn.⁶ Telt men daarbij op dat van de gedaagde een vergaand tegenbewijs lijkt te worden verlangd dat in de praktijk maar zelden kan worden geleverd, dan schijnt het resultaat te zijn dat het causaliteitsvereiste is komen te vervallen. In zoverre althans, dat de enkele mogelijkheid van causaal verband voortaan voldoende zal zijn.

Naar zijn bewoordingen genomen houdt de omkeringsregel dus een fundamentele ommezwaai in ter zake van het bewijs van causaal verband. En het grote manco in de rechtspraak van de Hoge Raad – tot aan de dag van vandaag toe – is dat voor die schijnbare ommezwaai geen inhoudelijke rechtvaardiging is gegeven. Zoals we zullen zien, heeft de Hoge Raad inmiddels wel aangegeven dat aan de toepasselijkheid van de omkeringsregel bepaalde beperkingen zitten. Maar waar de grenzen liggen, is volstrekt onduidelijk. Bij gebreke van een inhoudelijke rechtvaardiging ontbreekt ook een ratio waaruit die grenzen zouden kunnen worden afgeleid.

De impact van de hieruit resulterende onzekerheid en onvoorspelbaarheid op de rechtspraak moet niet worden onderschat. Kwantitatief gezien spelen vragen van causaliteit en schade in de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht een veel grotere rol dan menig vers afgestudeerd rechtenstudent zou verwachten, in procedures, maar zeker ook bij de buitengerechtelijke afwikkeling van schade. Ook al is inmiddels duidelijk dat de omkeringsregel niet een soort Haarlemmerolie is – voor alle causaliteitsproblemen het aangewezen medicijn – zolang zijn inhoud en toepassingsbereik niet helder zijn, moet eenieder die voor een benadeelde optreedt en tegen een causaliteitsprobleem aanloopt, er haast wel een beroep op doen. Laat hij het na, dan loopt hij kans zich schuldig te maken aan een beroepsfout. Niet geschoten is altijd mis. Dit mechanisme vreet veel dieper door dan men op het eerste gezicht zou denken, omdat ook allerlei schadeproblemen als causaliteitsprobleem kunnen worden verpakt. We zullen dat nog zien. Het resultaat is dat de omkeringsregel in de praktijk te pas en te onpas in stelling wordt gebracht. Advocatuur en rechterlijke macht zien zich voortdurend voor de vraag gesteld wat zijn reikwijdte en betekenis precies is.

En dat is niet zo eenvoudig te zeggen. In zijn noot bij het Oude Monnick Motors-arrest⁷ heeft Vranken de verwachting uitgesproken 'dat er nog hectoliters drukinkt nodig zijn, om de betekenis en de reikwijdte van de omkeringsregel, in al zijn aspecten en technische details te bepalen'. Volgens hem is er 'ruimschoots voldoende stof om een universitaire onderzoeksschool van gemiddelde omvang, enkele jaren aan het werk te houden'. Bij de studie die ik voor mijn rede van vanmiddag heb verricht, heb ik helaas het gelijk van Vranken ondervonden. U mag gerust weten dat mijn onderzoek behoorlijk uit de hand is gelopen. Ik heb een schriftelijk versie van deze rede in voorbereiding van een ronduit gênante omvang. Maar weest u gerust, vanmiddag zal ik mij beperken tot de volgende kernpunten:

- In de eerste plaats zal ik laten zien dat bij de bewijsproblematiek waar het hier over gaat, schade en causaliteit uitwisselbare perspectieven zijn. Dit gaat zó ver dat, nu wij op gezag van de

Hoge Raad een omkeringsregel hebben voor het bewijs van causaal verband, wij er per saldo ook een hebben voor het bewijs van schade. Dit kan niet de bedoeling zijn, en komt in strijd met artikel 105 Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

- Een optie om een en ander in te dammen is om de toepasselijkheid van de omkeringsregel tot de eerste schakel in de causale keten te beperken.
- Ik bespreek dan het Oude Monnick Motors-arrest om te laten zien dat de letterlijke bewoordingen van de omkeringsregel niet maatgevend kunnen zijn voor zijn toepasselijkheid;
- en dat de 'inperking' die de Hoge Raad daar hanteert, geen enkel houvast biedt voor toekomstige gevallen.
- Ik schets dan wat ik zie als de inhoudelijke achtergronden van de omkeringsregel. In dat verband zal ik de stelling betrekken dat de hoofdregel van artikel 177 Rechtsvordering, voor wat betreft het bewijs van causaliteit en schade, de facto is achterhaald.
- Tot slot zal ik aangeven wat de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel naar mijn mening is;
- en wat dit betekent voor het door de gedaagde te leveren tegenbewijs.

De beperking tot deze kernpunten brengt mee dat ik veel arresten niet kan bespreken. En dus ook niet kan laten zien hoe ongelukkig de rechtspraak van de Hoge Raad over deze materie is verlopen. Het hele probleem van vanmiddag is door de Hoge Raad zelf in het leven geroepen, door een reeks van lapidare en inconsistente motiveringen – overigens van beslissingen waar qua resultaat wel mee kan worden ingestemd.⁸

Ook het bewijs van schade kan onder de omkeringsregel worden gebracht

Civilisten hebben groot respect voor de Hoge Raad. Sommige schrijvers hebben met een overdosis aan welwillendheid geprobeerd om het onverzoenbare te verzoenen. Dat heeft echter ook allerlei misverstanden in de hand gewerkt. Een voorbeeld is het arrest Beurskens/Notarissen,⁹ dat acht maanden na het Dicky Trading II-arrest werd gewezen. Ook dit arrest betreft de beroepsfout van een notaris. Die verzuimt op tijd een verlengingsverzoek in te dienen voor de pachtovereenkomst van Beurskens. Beurskens spreekt de notaris aan tot vergoeding van de schade die hij heeft geleden in verband met de daaropvolgende ontruiming van de gepachte grond, door hem gesteld op iets meer dan 352.000 gulden. De notaris stelt dat de pachtovereenkomst sowieso niet zou zijn verlengd. 'Ik maakte weliswaar een fout, maar die heeft geen schade veroorzaakt', aldus het verweer van de notaris.

6. Hierop wijzen o.m. ook I. Giesen, Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid, 1999, p. 68, alsmede in A&V 2000, p. 109, en T. Hartlief, AA 2001, p. 454.
7. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV.
8. Wat mij tot deze strenge beoordeling heeft gebracht, kan ik hier niet verder toelichten. Zie daarvoor de chronologische bespreking van de bedoelde jurisprudentie in de uitgewerkte versie van deze oratie (zie noot 1).
9. HR 20 september 1996, NJ 1996, 747.

De notaris krijgt gelijk, op zichzelf om begrijpelijke redenen. Onbegrijpelijk is echter dat de Hoge Raad zijn eigen omkeringsregel ineens lijkt te zijn vergeten. Ondanks dat het middel met een verwante redenering kwam, wil de Hoge Raad van geen regel van bewijslastomkering weten. Aan Dicky Trading II wordt niet eens gerefereerd. Het arrest heeft dan ook veel vraagtekens opgeroepen in de literatuur. Klaassen heeft geprobeerd het met Dicky Trading II te verzoenen, door aan te nemen dat het hier niet ging om het bewijs van causaal verband, maar om het bewijs van schade.¹⁰ En de bewijslast daárvóór rust gewoon op de benadeelde. Later hebben Bakels¹¹ en Hartkamp¹² zich bij deze verklaring aangesloten.

Dit onderscheid tussen schade en causaliteit is echter niet houdbaar. Het was niet zo, dat het door Beurskens gestelde nadeel van 352.000 gulden mogelijk alleen maar ingebeeld of voorgewend was. Dat was tenminste niet de inzet van de discussie. Die inzet was, of het wel de fout van de notaris was, die tot dat nadeel had geleid. In dit soort situaties zijn de juridische categorieën 'schade' en 'causaliteit' tot op grote hoogte uitwisselbare perspectieven.¹³ Denkt men vanuit de fout, dan is de vraag of zij wel tot schade heeft geleid. Denkt men vanuit de schade, dan is de vraag of zij wel door de fout werd veroorzaakt. Zowel in Dicky Trading II als in Beurskens/Notarissen kan men het bewijsprobleem verwoorden als een van causaal verband én als een van schade. Men kan de door de benadeelde gestelde schade als uitgangspunt nemen. In het eerste geval is dat het verlies van Franken wegens het niet kunnen verhalen van de vordering op Dicky Trading. In het tweede geval is dat het verlies van Beurskens wegens de ontruiming van de gepachte grond. En vervolgens kan men de vraag centraal stellen wat nu de oorzaak van die schade is: de beroepsfout van de notaris of de andere mogelijke gang van zaken. Maar men kan in beide gevallen ook de fout van de notaris als uitgangspunt nemen, en vervolgens de vraag centraal stellen of door die fout wel daadwerkelijk schade is geleden, omdat de benadeelde mogelijk ook zonder die fout in precies dezelfde situatie geraakt zou zijn.¹⁴

Deze uitwisselbaarheid van schade en causaliteit vindt haar verklaring in de gemeenschappelijke factor die zij hebben in de noodzaak om een vergelijking te maken met de toestand zoals die zou zijn geweest wanneer het aansprakelijkheidscheppende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Of het nu gaat om het vaststellen van causaal verband (in de zin van *conditio sine qua non*), of van schade, in beide gevallen moet een 'wegdenktoefening' worden uitgevoerd met dezelfde, hypothetische gang van zaken als vergelijkingspunt. In veel gevallen levert dat geen bijzondere problemen op, maar kenmerkend voor de situaties waar het hier over gaat, is dat deze hypothetische gang van zaken zich niet met zekerheid laat vaststellen. Het kan zijn dat de situatie van de benadeelde zich in dezelfde ongunstige zin zou hebben ontwikkeld, maar zeker is dat niet. En dat levert zowel in het kader van de causaliteitsvraag als in dat van de schadevraag hetzelfde bewijsprobleem op: Wat zou de situatie van de benadeelde zijn geweest wanneer het aansprakelijkheidscheppende feit niet zou hebben plaatsgevonden?

Ik noem deze gemeenschappelijke factor kortweg de *vergelijkingshypothese*. Dat deze gemeenschappelijk is aan schade en *conditio sine qua non*-verband, en een hypothetische situatie betreft, zijn voor mijn betoog twee belangrijke inzichten. Zoals we straks zullen zien, ligt hierin ook de sleutel voor het begrip van de inhoudelijke achtergronden van de omkeringsregel.

De door mij bedoelde uitwisselbaarheid van perspectieven breekt ons op wanneer wij in het onderscheid tussen schade en causaliteit een afbakening zoeken voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel. Blijkens zijn formulering dient deze regel zich ter toepassing aan, telkens wanneer een onrechtmatige daad of wanprestatie een risico op schade in het leven heeft geroepen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Het probleem is dat dit met enige goede wil bijna altijd kan worden gezegd wanneer niet zeker is of een fout schade heeft veroorzaakt. Dat hangt eenvoudig af van de wijze waarop men het betreffende risico omschrijft. Ook de casus van Beurskens/Notarissen kan men zo verwoorden dat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule van toepassing is: door de fout van de notaris werd het risico in het leven geroepen dat de pachtovereenkomst niet zou worden verlengd om de enkele reden dat het verzoek daartoe niet tijdig werd ingediend. Dit risico heeft zich gerealiseerd: de pachtovereenkomst werd niet verlengd. Zo bezien had de omkeringsregel dus moeten worden toegepast, en het is maar de vraag of de notaris ook dan de dans zou zijn ontsprongen. De consequentie van deze uitwisselbaarheid is dat, nu wij op gezag van de Hoge Raad een omkeringsregel hebben voor het bewijs van causaal verband, wij er per saldo ook een hebben voor het bewijs van schade.

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat het met die potentiële 'doorwerking' van de omkeringsregel naar het bewijs van schade in het algemeen zo'n vaart toch niet zal lopen, omdat tussen causaliteit en schade ook aanzienlijke verschillen bestaan. Een belangrijk onderscheid is dat de waardering van schade in de regel een kwestie is van meer of minder, terwijl het vaststellen van *conditio sine qua non*-verband in beginsel een kwestie is van ja of nee (ik laat de mogelijkheid van een proportionele benadering hier even buiten beschouwing).¹⁵ De betekenis van dit ver-

10. A&V 1998, p. 147-148.

11. In zijn Conclusie voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (Oude Monnick Motors).

12. Zie Asser-Hartkamp I, (aan het eind van) nr. 434c. Hartkamp bespreekt hier niet het Beurskens/Notarissen-arrest (maar het leerstuk van het verlies van een kans), maar uit zijn verwijzing naar dat arrest blijkt dat hij het een voorbeeld vindt van de door hem besproken situaties waarin, anders dan wanneer de omkeringsregel van toepassing is, niet zeker zou zijn dat daadwerkelijk schade is geleden.

13. Zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss.), 1965, p. 14-15.

14. Spier heeft in verband met de omkeringsregel al direct op de verwevenheid van schade en causaal verband gewezen. Zie Spier, A&V 1996, p. 43, alsmede Bolt & Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 1996, p. 364.

15. Zie voor de wijze waarop de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid met elkaar kunnen worden gecombineerd N. Frenk, NJB 1995, p. 489; A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss.), 1997, p. 419 e.v. en 426 e.v., alsmede VR 1999, p. 195-196; M.F.J. Haak, AA 1998, p. 147; I. Giesen, a.w. (zie noot 6), p. 126 e.v.

schil is echter veel beperkter dan men misschien zou denken. In veel gevallen wordt de discussie over het al of niet geleden zijn van schade, per afzonderlijke schadepost of schadefactor gevoerd. Voorzover deze schadeposten samenhangen met een afzonderlijke schakel in de causale keten, kan de vraag naar het al of niet daadwerkelijk geleden zijn daarvan, telkens opnieuw weer de vorm krijgen (en krijgt die vaak ook) van de vraag naar het causaal verband met de betreffende schadepost. En dus kan de omkeringsregel in stelling worden gebracht.

Dit klinkt erg abstract en vraagt om een voorbeeld. Nemen wij de casus van het arrest Vehof/Helvetia.¹⁶ Vehof is gewond geraakt bij een verkeersongeval waarvoor Helvetia als WAM-verzekeraar aansprakelijkheid heeft erkend. Ten tijde van het ongeval verrichtte Vehof geen betaald werk, maar had zij het voornemen om een opleiding te gaan volgen tot zieken- en bejaardenverzorgster. Na het ongeval wordt zij voor die opleiding aangenomen, maar wegens de door het ongeval veroorzaakte whiplashklachten meldt zij zich bij de aanvang daarvan af. Vehof stelt dat zij zonder het ongeval de opleiding zou hebben afgerond en betaald werk zou hebben gevonden, en vordert een bedrag van meer dan f 600.000 aan arbeidsvermogensschade. Helvetia stelt gemotiveerd dat Vehof ook zonder het ongeval haar opleiding niet tot een goed einde zou hebben kunnen brengen.

Het arrest, dat stamt uit 1998, werd gewezen in de sleutel van het *schadebewijs*. De andere door Vehof geleden schadeposten, zoals materiële schade en smartengeld, stonden niet ter discussie. De Hoge Raad overwoog dat aan het door Vehof te leveren bewijs geen strenge eisen mogen worden gesteld. Een bepaalde bewijslastverlichting dus, geen bewijslastomkering.¹⁷ Ik kom hier nog op terug. Vandaag de dag zou Vehof er waarschijnlijk een *causaliteits*kwestie van maken, en zich beroepen op de omkeringsregel. Zij kan daartoe stellen dat door het onrechtmatige rijgedrag van de verzekerde van Helvetia, het risico in het leven is geroepen dat zij zodanig letsel zou lijden dat zij haar opleiding niet met goed gevolg kon afronden. Dat risico heeft zich vervolgens gerealiseerd: zij heeft haar opleiding niet met goed gevolg afgerond. Daarmee is het causaal verband met de verkeersfout gegeven, behoudens tegenbewijs.

Ook hier zien wij dat het mogelijk is om naar de toepasselijkheid van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule toe te formuleren. Dat kan bovendien voor meer dan één afzonderlijke schadepost tegelijk: een verkeersfout roept tal van risico's op onfortuinlijke ontwikkelingen bij een letselslachtoffer in het leven. Deze mogelijkheid staat open omdat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule niet alleen op de *eerste* schakel in de causale keten kan worden toegepast (hier: op het verband tussen het rijgedrag van de verzekerde van Helvetia, en het ongeval), maar zich ook naar toepasselijkheid op latere schakels toe laat formuleren. Zoals het verband tussen ongeval en whiplashklachten, het verband tussen whiplashklachten en het niet afronden van een opleiding, het verband tussen dat niet afronden en het niet verkrijgen van een daarbij aansluitende baan, en het verband tussen dat niet verkrijgen en andere inkomsten en uitgaven beïnvloeden de stappen die de benadeelde in zijn leven heeft gezet of gezet zou kunnen hebben, enzovoort.

Het gaat hier bepaald niet om een theoretische kwestie. In de praktijk ziet men dit naar de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule toe formuleren al op ruime schaal gebeuren. Er verschijnt ook steeds meer lagere rechtspraak waarin de omkeringsregel op verder gelegen schakels in de causale keten wordt toegepast.¹⁸ Het veel omstreden verband tussen het ongeval en whiplashklachten lijkt hier een voor de hand liggende favoriet. Het gevolg van dit alles is dat de omkeringsregel zich ook op het gehele terrein van het bewijs van schade kan gaan doen gelden.

Op het eerste gezicht lijkt er nog een gebied te zijn dat hiervan gevrijwaard blijft, namelijk het bewijs van de *omvang* van de schade (althans de omvang per schadepost). Dit in tegenstelling tot het bewijs van het *bestaan* daarvan. Dit omdat daarvoor de gewone regels van bewijsrecht niet gelden: bij het vaststellen van de omvang van schade komt de rechter een zeer grote vrijheid toe, desnoods is hij bevoegd de schade te schatten. Maar ook hier blijken de grenzen bij nader inzien vloeïend. De causaliteitsvraag, en daarmee de omkeringsregel, kan ook worden betrokken op een bepaalde *schadefactor* die slechts de omvang van één of meer schadeposten beïnvloedt.

Het voorbeeld van Vehof/Helvetia kan dit illustreren. In dit arrest werd op de vraag of Vehof arbeidsvermogensschade had geleden, vanwege de inhoud van het verweer van Helvetia, hoog ingezet: f 600.000 of niets, afhankelijk van de vraag of Vehof als gediplomeerd zieken- en bejaardenverzorgster zou zijn gaan werken. In veruit de meeste gevallen zal het al of niet als gevolg van gezondheidsklachten hebben kunnen afmaken van een bepaalde opleiding, slechts de *omvang* van de geleden arbeidsvermogensschade beïnvloeden. Toch laat de vraag of het niet afmaken van die opleiding een gevolg was van het ongeval, zich zo formuleren dat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule, en daarmee de omkeringsregel, daarop van toepassing is. Zie mijn voorbeeldformulering van zo-even. Met als gevolg dat aangenomen zou moeten worden dat de gestelde factor een gevolg van de fout is, behoudens tegenbewijs dat uit de aard der zaak niet te leveren is. En dus zou er bij de berekening van de arbeidsvermogensschade van moeten worden uitgegaan dat de opleiding in de situatie zonder ongeval met succes zou zijn afgerond.

16. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

17. Vehof/Helvetia werd wel zo geïnterpreteerd dat de benadeelde bij goede en kwade kansen altijd het voordeel van de twijfel zou toekomen, maar deze uitleg is ontzenuwd in het arrest Van Sas/Interpolis, HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 m.nt. CJHB. Beide arresten tezamen genomen zou men aldus kunnen samenvatten dat bij het bewijs van arbeidsvermogensschade een bepaalde marge van onzekerheid voor rekening van de gedaagde komt, maar dit slechts binnen redelijke grenzen. Zie over deze materie nader Akkermans, Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid, in: A. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief, Proportionele aansprakelijkheid, 2000, p. 85-134 (op p. 119-124).

18. Zie bijv. Hof Arnhem 3 april 2001, LJN-nr. AB1425 (causaal verband tussen ongeval en whiplashklachten); Pres. Rb. Groningen 9 februari 2001, KG 2001, 81 (causaal verband tussen ongeval en klachten c.q. arbeidsongeschiktheid). Vergelijk hetgeen A-G Bakels opmerkt in voetnoot 5 bij zijn Conclusie voor HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

Op dit punt aangekomen hebben wij dan eindelijk een duidelijke grens voor de mogelijke reikwijdte van de omkeringsregel bereikt. Toepassing van de omkeringsregel zou hier in strijd komen met het wettelijke systeem. Het uitgangspunt van artikel 105 Boek 6 BW is immers dat niet alleen goede, maar ook kwade kansen in aanmerking genomen moeten worden.¹⁹ Toepassing van de omkeringsregel zou de onzekerheden waar het 'afwegen van goede en kwade kansen' van dit artikel betrekking op heeft, volledig voor rekening brengen van de aansprakelijke partij. Dat is niet te rijmen met artikel 105 Boek 6 BW.

De conclusie is onontkoombaar: wanneer benadeelden als Beurskens of Vehof in de toekomst expliciet de toepasselijkheid van de omkeringsregel willen invoeren, hoeven zij hun stellingen slechts anders te formuleren. In plaats van een schadevraag maken zij er een causaliteitsvraag van, en die giet men dan in de termen van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule. In de praktijk ziet men dit naar de toepasselijkheid van die formule toe formuleren al op ruime schaal gebeuren. Naar de letter van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule genomen kan bijna het gehele gebied van het bewijs van schade binnen het bereik van de omkeringsregel worden gebracht. Maar de gedaagden hebben bij het omgekeerde belang. Zij bestrijden dat de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule van toepassing is, en in plaats van een causaliteitsvraag maken zij er een schadevraag van. Een groeiende woordenstrijd over de toepasselijkheid van de omkeringsregel is het gevolg.

Een optie om deze woordenstrijd enigszins in te dammen, is om de toepasselijkheid van de omkeringsregel formeel tot de eerste schakel in de causale keten te beperken. Indien men de benadeelde, vanwege de omstandigheden van het geval, ook bij volgende schakels tegemoet wil komen, zijn daarvoor genoeg alternatieven, zoals feitelijke vermoedens, bewijslastverlichting en bewijslastomkering. Maar dan niet bij wijze van algemene regel, maar op ad hoc basis.

Oude Monnick Motors

Ik sla nu een hoop relevante rechtspraak over en kom bij het recente arrest Ter Hofte/Oude Monnick Motors.²⁰ Motorrijder Ter Hofte komt tijdens een toertocht in een flauwe bocht ten val, en stelt dat dat kwam door olie die tijdens het rijden is gaan lekken uit een oliekoeler, die Oude Monnick Motors niet goed heeft laten repareren. Oude Monnick weerspreekt alles, behalve het feit van de val. De Hoge Raad oordeelt dat de omkeringsregel niet van toepassing is. Dat baseert hij op een beperkte invulling van het begrip 'risico', zoals dat tweemaal in de formule van de omkeringsregel voorkomt. Zowel het in het leven geroepen risico als het risico dat zich heeft verwezenlijkt, wordt beperkt opgevat. Het eerste risico wordt gespecificeerd tot 'slipgevaar' en het tweede tot 'slippen'. Daardoor kon van het eerste risico worden gezegd dat niet vaststond dat het in het leven was geroepen, want volgens Oude Monnick was daarvoor niet genoeg olie met het loopvlak van de achterband in aanraking gekomen. En van het tweede risico kon worden gezegd dat niet vaststond dat het zich had verwezenlijkt, want volgens Oude Monnick was Ter Hofte niet geslipt, maar door een stuurfout ten val gekomen. Alleen als

Ter Hofte zowel 'het in het leven roepen van slipgevaar' als 'het slippen' aannemelijk zou hebben gemaakt, zou de omkeringsregel van toepassing zijn geweest, aldus de Hoge Raad.

Een nadere invulling van de formule van de omkeringsregel dus, waaruit een bepaalde beperking voortvloeit. De Hoge Raad presenteert die invulling als iets vanzelfsprekends, maar dat is het helemaal niet. Advocaat-generaal Bakels had de omkeringsregel 'gewoon' op zijn bewoordingen beoordeeld, en geconcludeerd dat hij toepasselijk was. Het lekken van olie roept immers 'een risico op schade' in het leven, en er is ook zeker schade ontstaan. Ook Klomp²¹ en Vranken²² menen dat de omkeringsregel had moeten worden toegepast. Wat opvalt, is dat de Hoge Raad de niet-toepasselijkheid van de omkeringsregel niet baseert op inhoudelijke overwegingen, maar uitsluitend op een bepaalde nadere invulling van de bewoordingen van de 'risico dat zich heeft verwezenlijkt'-formule: 'Een risico ter zake van het ontstaan van schade' moet niet worden gelezen als 'een risico op schade', maar als 'een risico op slippen'. En daar hangt dan de hele zaak van af. Vranken spreekt in dit verband van 'Smalspur-jurisprudentz'.

Het grootste probleem van deze semantische aanpak van de Hoge Raad is dat hij geen enkel houvast biedt voor toekomstige gevallen. In deze aanpak hangt de toepasselijkheid van de omkeringsregel volledig af van de wijze waarop beide begrippen 'risico' worden ingevuld, en dat is als zodanig zuiver een kwestie van omschrijving. Naarmate men het betreffende risico specifieker formuleert, krijgt de omkeringsregel minder inhoud. En dat is altijd mogelijk. Het kost alleen de ene keer wat meer woorden dan de andere. Zo kan men in Dicky Trading II het door de notaris in het leven geroepen risico omschrijven als: 'het risico dat boer Franken de transactie met Dicky Trading aan zou gaan omdat hij voor de risico's daarvan niet was gewaarschuwd'. En of dát risico zich had verwezenlijkt, stond niet vast, en was door de notaris niet minder bestreden dan dat Oude Monnick had bestreden dat het risico van slippen zich had verwezenlijkt.

Als gevolg van dit alles zal de woordenstrijd die in de rechtspraktijk toch al woedt over de toepasselijkheid van de omkeringsregel, er zeker niet minder op worden. Advocaten hebben het daarbij nog relatief makkelijk, want afhankelijk van voor wie zij optreden, kunnen zij wel, of juist niet, naar de toepasselijkheid van de omkeringsregel toe formuleren. De rechter wordt geacht de knoop door te hakken. Maar hoe moet die arme rechter dat doen, nu hij niets méér heeft om op te varen dan een soort toverformule, waarvan de bewoordingen geen vaste inhoud hebben: Simalabom, ik draai de bewijslast om!

19. Hierop wijst ook Brunner in zijn noot onder HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 (Van Sas/Interpolis).

20. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV.

21. NbBW 2001, p. 27.

22. In zijn noot onder het arrest in de NJ (nr. 4).

De enige oplossing van deze problematiek is om dát te doen, wat de Hoge Raad alsmaar nalaat, namelijk dieper graven, en benoemen wat de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel is, zodat concrete gevallen daaraan kunnen worden getoetst.

De achtergronden van de omkeringsregel

Ik zal nu trachten aan te geven wat die inhoudelijke rechtvaardiging zou kunnen zijn. Maar daarvoor schets ik eerst de achtergronden van de omkeringsregel. Zoals gezegd kan de onzekerheid die de inzet is van de bewijslastverdeling bij de omkeringsregel, zowel onder de noemer 'schade' als onder de noemer 'causaliteit' aan de orde worden gesteld. Formeel gaat het hier om twee heel verschillende juridische leerstukken. Nemen wij zowel de rechtspraak over het bewijs van schade,²³ als over het bewijs van causaal verband²⁴ in ogenschouw, dan vallen echter grote overeenkomsten op. Net als bij causaal verband rust de bewijslast ten aanzien van het bestaan van schade volgens de hoofdregel van artikel 177 Rechtsvordering in beginsel op de benadeelde. Maar net als bij causaal verband wordt op dit uitgangspunt zeer regelmatig een uitzondering gemaakt op grond van feitelijke vermoedens, dus niet bij wijze van algemene regel, maar op ad hoc basis. De rechter pleegt regelmatig aan te nemen dat uit de wanprestatie of onrechtmatige daad reeds 'uit de aard der zaak' schade voortvloeit, en dan is het aan de gedaagde om aan te tonen dat dit in het gegeven geval niet opgaat, en hier geen schade is geleden.

Op beide terreinen, schade én causaliteit, komt de rechter de benadeelde dus zeer geregeld in zijn bewijslast tegemoet. Ik meen dat noch deze overeenkomst, noch dit tegemoetkomen toevallig zijn. Zij hangen samen met de aard van de gemeenschappelijke factor van schade en causaliteit, namelijk de vergelijkingshypothese. Die betreft niet een historische toestand, die ooit werkelijk heeft bestaan, maar een hypothese, een veronderstelling van ons denken. Dit heeft grote consequenties voor de mogelijkheid tot het leveren van bewijs. Historische gebeurtenissen hebben plaatsgevonden of hebben dat niet. Zoals de vraag of de notaris een bepaalde waarschuwing heeft gegeven, ja of nee. Dat is zuiver een kwestie van waarheidsvinding. Maar het is niet mogelijk om een hypothetische situatie vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werkelijk heeft plaatsgevonden. Zoals de vraag of boer Franken, indien wél gewaarschuwd, ook met zijn vordering op Dicky Trading zou zijn blijven zitten.

Het recht houdt hier op verschillende manieren rekening mee. In de eerste plaats door de drempel voor het bewijs van de vergelijkingshypothese laag te leggen. Zowel voor het bewijs van conditio sine qua non-verband als voor het bewijs van schade wordt geen absolute zekerheid vereist, maar slechts 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid' bij causaal verband,²⁵ en bij schade: 'dat, voldoende feiten komen vast te staan, waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid'.²⁶ Formeel gaat het hier om verschillende criteria, maar ik durf de stelling aan dat zij in de praktijk op hetzelfde neerkomen. In het verlengde hiervan komt de rechter de benadeelde zeer regelmatig tegemoet door het bestaan van conditio sine qua non-verband of schade aan te nemen, al dan niet met toelating van de gedaagde tot het

bewijs van het tegendeel. Hierbij gebruikt hij een heel arsenaal aan verschillende instrumenten, zoals feitelijke vermoedens, voorschandse aannemelijkheid, aanvullende stelplicht, en – inderdaad – bewijslastomkering.

Nu geldt het eerste (de drempelverlaging) in het algemeen, en geschiedt het tweede (het tegemoetkomen op een van de genoemde manieren) formeel op ad hoc basis, maar wanneer men de rechtspraak in zijn geheel overziet, verrijst daaruit het beeld dat de rechter de benadeelde eigenlijk bijna *altijd wanneer het er werkelijk toe doet*, tegemoetkomt bij het bewijs van schade en conditio sine qua non-verband. Zodra vaststaat dat jegens de benadeelde een wanprestatie of onrechtmatige daad werd gepleegd, maar hij bewijsproblemen ondervindt met betrekking tot schade of conditio sine qua non-verband die 'uit de aard der zaak' voortvloeien (en dus niet in bijzondere, voor zijn risico komende omstandigheden zijn gelegen), dan lijkt de rechter telkens bereid te zijn om hem op een of andere wijze in zijn bewijsnood tegemoet te komen.

Deze tendens is ook herkenbaar in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In de eerste plaats kan hier natuurlijk worden gewezen op de omkeringsregel, waaraan immers een algemene betekenis is toegekend.²⁷ Maar ook op het gebied van het bewijs van schade heeft de Hoge Raad een bepaalde bewijslastverlichting aangenomen waaraan duidelijk een algemene betekenis toekomt. Dat gebeurde in het zojuist genoemde arrest Vehof/Helvetia. In dit arrest overwoog de Hoge Raad:

'(...) dat aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval, die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.'

Nu heeft deze overweging betrekking op het bewijs van arbeidsvermogensschade, maar de gegeven motivering geeft hieraan een veel bredere betekenis. Bewijslastverlichting is op haar plaats omdat 'de dader het heeft gedaan', aldus de Hoge Raad. Maar de dader heeft het *altijd* gedaan. Wanneer de benadeelde problemen ondervindt bij het bewijs van de vergelijkingshypothese, is dat altijd 'omdat' de aangesproken partij hem de mogelijkheid heeft

23. Vgl. het rechtspraakoverzicht in Onrechtmatige Daad (oud) II (Bloembergen) nr. 166 en in Schadevergoeding (Lindenbergh) Art. 97, aant. 16.

24. Vgl. het rechtspraakoverzicht in Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 14.

25. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 98, aant. 13.1.

26. Zie Schadevergoeding (Lindenbergh) Art. 97, aant. 16 en Onrechtmatige Daad (oud) II (Bloembergen) nr. 166.

27. Vgl. in dit verband ook de beslissing van het hof in HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

28. Voor een kritische relativering van dit 'de dader heeft het gedaan'-argument, zie de uitgewerkte versie van deze oratie (zie noot 1).

ontnomen om daarover zekerheid te verschaffen.²⁸

Op grond van dit argument kan de bewijslast over de vergelijkingshypothese dus *altijd* worden verlicht. Voorwaarden zijn slechts: (1) dat aansprakelijkheid (of althans een aansprakelijkheidsgrond) vaststaat, en (2) dat de bewijsmoeilijkheden van de benadeelde samenhangen met het hypothetische karakter van de vergelijkingshypothese, en niet zijn gelegen in andere, bijzondere omstandigheden, die voor zijn risico komen. Ik meen dat deze algemene bewijslastverlichting zich inderdaad in de rechtspraak over schade en causaal verband laat ontwaren. De rechter presenteert zijn beslissingen daarover weliswaar meestal als gebaseerd op de omstandigheden van het geval, maar welbeschouwd is er een *structurele* achtergrond: de inherente onbewijsbaarheid van de vergelijkingshypothese.

Dit fenomeen is ook heel goed begrijpelijk. Onverkort vasthouden aan de hoofdregel van artikel 177 Rechtsvordering zou, telkens wanneer die inherente onbewijsbaarheid opspeelt, die voor risico van de benadeelde laten komen. Ik wil mij verre houden van de beladen discussie tussen de 'objectiefrechtelijke' en de 'procesrechtelijke of billijkheidstheorie', die de achtergrond vormt van artikel 177 Rechtsvordering,²⁹ maar ik zie niet hoe die 'benadeling van de benadeelde' zou kunnen worden gerechtvaardigd. Die rechtvaardiging kan in elk geval niet worden gevonden in het beginsel dat ieder de eigen schade heeft te dragen. Daargelaten wat heden ten dage de betekenis van dat 'beginsel' nog precies is, in de hier bedoelde situaties is aansprakelijkheid, of althans het bestaan van een aansprakelijkheidsgrond, al komen vast te staan. Ieder moet zijn eigen schade dragen, tenzij er een deugdelijke grond bestaat om deze naar een ander over te hevelen. Dat 'tenzij' is hier in principe al van toepassing: de onrechtmatige daad of wanprestatie is al vast komen te staan.³⁰

Maar ik zie ook niet waarom die problemen bij wijze van uitgangspunt eenzijdig voor rekening zouden moeten worden gebracht van de gedaagde, al kan men daar ook anders over denken. Ik kan dit hier omwille van de tijd niet verder uitwerken, maar ik meen dat het recht hier in beginsel een neutrale positie past, en dat die in de praktijk ook al door de rechter wordt ingenomen.³¹ In beginsel, dat wil zeggen: behoudens specifieke, normatieve overwegingen, die voor of tegen een van beide partijen spreken. Zijn die er niet, dan is de afweging een puur feitelijke, en dan valt niet in te zien waarom een van beide partijen bij voorbaat op achterstand zou moeten worden gezet.

Ik meen daarom dat de hoofdregel van artikel 177 de rechtswerkelijkheid op dit terrein niet langer goed weergeeft. Die hoofdregel is in de praktijk de uitzondering geworden, en dat op goede gronden. Het is daarom beter om een alternatieve hoofdregel te formuleren. De regel zou kunnen luiden dat, wanneer de aansprakelijkheidsgrond eenmaal is gegeven, het bewijsrisico ten aanzien van de vergelijkingshypothese in beginsel op diegene rust, die zich beroept op een afwijking van de gewone gang van zaken.³² Het gaat hier slechts om een neutraal uitgangspunt: naargelang de omstandigheden van het geval kunnen feitelijke vermoedens, praktische en normatieve overwegingen aanleiding zijn om de balans in het voordeel van een van de partijen te ver-

schuiven. Om dat te bewerkstelligen bestaat een arsenaal aan instrumenten, waarvan toepassing van de omkeringsregel er maar één is.

De inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel

De omkeringsregel moet dus worden gezien als een van de alternatieven op een glijdende schaal van bewijslastverlichting tot aan bewijslastomkering, met een neutraal vertrekpunt. Tot zover de achtergronden. Wat is nu de inhoudelijke rechtvaardiging van de omkeringsregel zelf? Verschillende schrijvers zoeken die rechtvaardiging in een feitelijk vermoeden van causaliteit.³³ In veel gevallen bestaat dat feitelijk vermoeden ongetwijfeld, en hangt het samen met de omstandigheid dat het gaat om schade die een *typisch gevolg* is van de normschending. Toch kan de omkeringsregel zo niet helemaal worden verklaard. In sommige gevallen waarin hij is toegepast, bestond geen grond voor een feitelijk vermoeden, of wees dit zelfs de andere kant op. Het Dicky Trading II-arrest is daarvan een voorbeeld. De schade was daar weliswaar het typische gevolg van de schending van de norm, maar als men zich in de feiten verdiept,³⁴ zal men zien dat het inderdaad maar weinig waarschijnlijk was dat boer Franken van de transactie met Dicky Trading zou hebben afgezien als hij wél door de notaris zou zijn gewaarschuwd.³⁵ Geen feitelijk vermoeden derhalve, hooguit van het tegendeel. Toch spreekt de beslissing om de bewijslast om te keren aan. Dat komt dan ook niet door een feitelijk vermoeden maar door overwegingen van normatieve aard, die in het arrest onuitgesproken blijven.

Wat zijn die overwegingen? In mijn proefschrift opperde ik als voornaamste normatieve grond voor de omkeringsregel, het streven om de effectiviteit van de geschonden norm te waarborgen.³⁶ Ook volgens Giesen gaat het hier om het centrale principe dat omkering van de bewijslast in het aansprakelijkheidsrecht kan rechtvaardigen.³⁷ Bij de schending van sommige normen is in de praktijk regelmatig twijfel mogelijk over het causaal verband met de opgetreden schade. Afhankelijk van de aard van de betreffende norm, en het precieze gevaar waartegen zij beoogt te beschermen, kan die twijfel zelfs per definitie bestaan. Dat was het geval in de casus van Dicky Trading. Een niet-gewaarschuw-

29. Zie Mon. Nieuw BW A-24 (Asser) p. 39-52; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss.), 2001, p. 87-98.

30. Met betrekking tot deze eerste vaststelling (dus van de aansprakelijkheidsgrond) geldt mijns inziens de hoofdregel van art. 177 nog steeds. Het is dus in beginsel de gedaagde die moet waarmaken dat een aansprakelijkheidsgrond bestaat.

31. Zie hierover nader de uitgewerkte versie van deze oratie (zie noot 1).

32. Dit alternatief is minder revolutionair dan het misschien lijkt. In België wordt het voor het bewijs van schade al jarenlang bepleit door Ronse. Zie J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, tweede druk, 1984, nr. 57 e.v. en 63 e.v.

33. Zie bijv. A.R. Bloembergen, *Conclusie voor HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 109* (Blok/Vara); T. Hartlief, *AA 2001*, p. 458.

34. Ik kan dit hier niet verder toelichten en verwijs daarvoor naar de uitgewerkte versie van deze oratie (zie noot 1).

35. Enzo Klein in zijn noot onder het arrest in de NJ (nr. 3), alsmede – als wij het cassatiemiddel kunnen geloven – de rechtbank in eerste aanleg.

36. A.J. Akkermans, *diss.* (zie noot 15), p. 402 e.v.

37. I. Giesen, *diss.* (zie noot 29), p. 449 e.v. Zie voor een beknopte weergave Giesen, *NTBR 2001*, p. 245-246.

de cliënt als boer Franken kan haast per definitie worden tegen-
geworpen dat een waarschuwing hem toch niet van de fatale
rechtshandeling had weerhouden. Houdt men die cliënt onver-
kort aan de hoofdregel van artikel 177 Rechtsvordering, dan trekt
hij stevast aan het kortste eind. Schending van de informatie-
plicht van de notaris zou zelden of nooit tot aansprakelijkheid
leiden. Zonder omkering van de bewijslast zou de effectiviteit
van de norm in het geding komen.

In het verlengde hiervan bestaat ook een samenhang met de mate
waarin de betrokken norm de strekking heeft om potentiële be-
nadeelden in bescherming te nemen tegen hun eigen onvoorzichtig-
heid. Vaak is, naast de schending van de betrokken norm, die
eigen onvoorzichtigheid de tweede mogelijke oorzaak van de
schade. Wat was nu precies de doorslaggevende causale factor
voor de noodlottige transactie in Dicky Trading? Was dat de
eigen onvoorzichtigheid van Franken, waardoor hij de oplichter
Dick Wille bleef vertrouwen, ondanks concrete aanwijzingen
voor diens onbetrouwbaarheid? Of was dat het achterwege blij-
ven van waarschuwingen door de notaris, die hem misschien op
andere gedachten hadden gebracht? Wanneer men Franken
onverkort aan het bewijs van het laatste zou houden, zou men,
gegeven de praktische onmogelijkheid van dat bewijs, per saldo
juist het soort eigen onvoorzichtigheid voor zijn risico brengen
waartegen de betreffende norm hem beoogt te beschermen. Een
waarschuwing behoort immers te worden gegeven vanwege het
ervaringsgegeven dat cliënten bij bepaalde transacties niet altijd
de geboden voorzichtigheid in acht nemen. Wie dat wel zou
doen, heeft geen waarschuwing nodig. Komt men Franken bij het
causaliteitsbewijs niet tegemoet, dan dreigt men met de ene hand
(de hoofdregel van art. 177) de bescherming weg te nemen die
met de andere hand (de norm zelf) wordt gegeven. In zoverre kan
het, door middel van de omkeringsregel, terugdringen van de
betekenis van de eigen onvoorzichtigheid van de benadeelde als
tweede mogelijke oorzaak worden gezien als een logisch com-
plement van de beschermende strekking van de norm.

Ik meen daarom dat de inhoudelijke rechtvaardiging voor de
omkeringsregel is gelegen in de optelsom van twee variabelen:
de mate waarin een feitelijk vermoeden van causaal verband
bestaat, plus de mate waarin normatieve gronden bestaan om de
benadeelde in zijn bewijsproblemen tegemoet te komen. Het
gewicht van beide factoren varieert van geval tot geval. Zijn zij
samen niet in voldoende mate toepasselijk, dan komt toepassing
van de omkeringsregel niet in aanmerking.

De eisen aan het tegenbewijs

Beide factoren zijn ook bepalend voor de eisen die moeten
worden gesteld aan het tegenbewijs. In de literatuur wordt wel
onderscheid gemaakt tussen 'gewoon' tegenbewijs en 'tegen-
deelbewijs'.³⁸ Met 'gewoon' tegenbewijs wordt bedoeld dat de
gedaagde een vermoeden, of een voorshandse aannemelijkheid,
kan ontcrachten door voldoende twijfel te zaaien over de juist-
heid van die aanname. Bij 'tegendeelbewijs' zou de gedaagde
echter tot volle overtuiging van de rechter moeten bewijzen dat
het tegendeel het geval is. Er wordt wel aangenomen dat de
omkeringsregel een zogenaamde 'echte' bewijslastomkering

inhoudt, waarbij van de gedaagde tegendeelbewijs wordt ver-
langd.³⁹ Dit in tegenstelling tot 'onzuivere' bewijslastomkering,
waarbij gewoon tegenbewijs volstaat. Dat berust volgens mij op
een te letterlijke lezing van de formule van de omkeringsregel,
en op de misverstanden die zijn ontstaan over de betekenis van
het arrest Gouda/Lutz,⁴⁰ dat ik hier niet nader kan bespreken.⁴¹

Ik geloof wel in het nut van het bedoelde onderscheid tussen
'echte' en 'onzuivere' bewijslastomkering in het algemeen, maar
bij het bewijs van de vergelijkingshypothese treft dit onderscheid
geen doel. Zoals gezegd is bij toepasselijkheid van de hoofdregel
van artikel 177 in het algemeen voldoende dat de eiser de door
hem gestelde vergelijkingshypothese met 'redelijke waarschijn-
lijkheid' aannemelijk kan maken. Daarmee is niet verenigbaar
dat bij bewijslastomkering de gedaagde het tegendeel ineens 'tot
de volle overtuiging van de rechter' zou moeten bewijzen. Dat
zou neerkomen op het meten met twee maten.⁴²

Voorzover de rechtvaardiging van de omkeringsregel in een con-
creet geval is gelegen in een feitelijk vermoeden, ontbreekt ook
ten enenmale de grond om van het tegenbewijs méér te verlangen
dan dat het dit vermoeden kan ontcrachten. En daarvoor is geen
sterker tegenbewijs nodig dan dat het vermoeden sterk was.
Variabele eisen, derhalve. Alleen voorzover de rechtvaardiging
van de omkeringsregel in een concreet geval is gelegen in nor-
matieve overwegingen, kan de drempel voor het tegenbewijs
hoger worden gelegd. Maar omdat het gewicht van die normatie-
ve overwegingen ook van geval tot geval kan verschillen, is ook
dat een variabele kwestie. De eisen die aan het tegenbewijs wor-
den gesteld, zijn dus de som van twee variabelen, en daarom zelf
ook variabel.

Besluit

Ik kom tot een afronding. De omkeringsregel heeft betrekking op
het bewijs van de vergelijkingshypothese, ongeacht of men dat
bewijs inzet maakt van een vraag van causaliteit of van schade.
Hij behoort niet te worden opgevat als een ongenueanceerd zwart-
witinstrument, een botte bijl in een wereld van glijdende schalen.
Het is zelf ook een variabele, die samen met andere instrumenten
een beperkte plaats toekomt op een glijdende schaal van bewijs-
lastverlichting en bewijslastomkering, met een neutraal uitgangs-
punt. Voor de toepassing ervan behoort telkens een rechtvaardig-
ging te worden gevonden in de feiten en/of in expliciet te maken
normatieve overwegingen. Daarmee wordt ook het 'regelkarak-
ter' van de omkeringsregel sterk relativerd.

*Prof. mr. A.J. Akkermans, hoogleraar privaatrecht
aan de Vrije Universiteit Amsterdam*

38. Zie Mon. Nieuw BW A-24 (Asser), p. 23; I. Giesen, diss. (zie noot 29), p. 14.

39. Zie I. Giesen, diss. (zie noot 29), p. 116-117. In vergelijkbare zin Brunner, noot
bij HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. (Sint-Willibrord) (nr. 3).

40. HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 m.nt. HJS.

41. Ik verwijs hiervoor naar de uitgewerkte versie van deze oratie (zie noot 1).

42. Dat geen 'tegendeelbewijs' is vereist, brengt ook mee dat de omkeringsregel en
proportionele aansprakelijkheid elkaar geenszins uitsluiten. Zie over de
combinatie van beide de verwijzingen in noot 15.